Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. SZPUNAR
представено на 24 февруари 2022 година [1]

Дело C-332/20

Roma Multiservizi SpA,
Rekeep SpA
срещу
Roma Capitale (Община Рим),
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

(Преюдициално запитване, отправено от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия)

„Преюдициално запитване — Обществени поръчки — Договори за концесия — Възлагане на управлението на интегрираната училищна услуга на дружество със смесен капитал — Определяне на частния съдружник чрез процедура за възлагане на обществена поръчка — Изискване за минимален праг от 30 % за участието на частния съдружник в дружеството със смесен капитал — Непряко участие на възлагащия орган в капитала на частния съдружник“

I. Въведение

1. Настоящото преюдициално запитване дава повод на Съда да уточни практиката си относно начина, по който правото на Съюза урежда институционализираните публично-частни партньорства (ИПЧП), използвани понякога от възлагащите органи вместо „традиционните“ обществени поръчки или договори за концесия.

2. Макар да няма задължителен акт на правото на Съюза, който да урежда изрично ИПЧП [2], то все пак се определя от Европейската комисия като форма на сътрудничество между публични и частни страни, които създават публично-частно дружество за извършването на обществени поръчки или концесии [3], и се разглежда в практиката на Съда. Съдът постановява по-специално че правото на Съюза по принцип не изключва в контекста на

[1] Език на оригиналния текст: френски.

[2] Относно различните форми на публично-частни партньорства, и по-специално ИПЧП, от гледна точка на правото на Съюза, вж. *Bovis*, Ch., Chapter 18: Public service partnerships, Research Handbook on EU Public Procurement Law, под ръководството на *Bovis*, Ch., *Edward* Elgar, Cheltenham — Northampton, 2016, p. 554 sq.

[3] Вж. Зелена книга за публично-частните партньорства и правото на Общността в областта на обществените поръчки и концесиите (COM(2004) 327 окончателен, т. 54).

ИПЧП да се използва процедура, чрез която, от една страна, се избира частен партньор, а от друга, се възлага обществена поръчка или концесия на публично-частно дружество, което предстои да се учреди [4].

3. Трудностите, които настоящото преюдициално запитване повдига и които са отразени в структурата и съдържанието на настоящото заключение, изглежда, се дължат на липсата на разпоредби на правото на Съюза, които да уреждат ИПЧП. От гледна точка на правото на Съюза повдигнатият в случая правен проблем не е ясно определен, нито е поставен в конкретен контекст.

4. След задълбочено разглеждане на настоящото преюдициално запитване стигнах до извода, че с въпросите, които поставя, запитващата юрисдикция иска да се установи дали начинът, по който възлагащият орган изчислява частното участие в смесеното дружество, което предстои да се учреди, и след това изключва оферент от участие в процедурата за обществената поръчка, е съвместим с Директиви 2014/23/ЕС [5] и/или 2014/24/ЕС [6].

II. Правна уредба

A. Правото на Съюза

1. Директива 2014/23

5. Член 3 от Директива 2014/23 гласи:

„1. Възлагащите органи и възложителите прилагат по отношение на икономическите оператори принципа на равнопоставеност, без да ги дискриминират, и действат по прозрачен и пропорционален начин.

Организацията на процедурата за възлагане на концесия, включително оценката на стойността, не трябва да се прави с цел тази процедура да бъде изключена от обхвата на настоящата директива или да се даде неоправдано предимство, или да се поставят в неизгодно положение определени икономически оператори или определено строителство, доставки или услуги.

2. Възлагащите органи и възложителите се стремят да осигурят прозрачността на процедурата за възлагане и на изпълнението на договора, като спазват член 28“.

6. Член 30, параграфи 1 и 2 от тази директива предвижда:

„1. Възлагащият орган или възложителят е свободен да организира процедурата за избор на концесионер при спазване на разпоредбите на настоящата директива.

[4] Вж. по-специално решение от 15 октомври 2009 г., Acoset (C-196/08, наричано по-нататък „решението Acoset“, EU:C:2009:628).

[5] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия (ОВ L 94, 2014 г., стр. 1).

[6] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65).

2. Организирането на процедурата по възлагане на концесия трябва да спазва принципите по член 3. По-специално в хода на процедурата по възлагане на концесия възлагащият орган или възложителят не трябва да предоставя по дискриминационен начин информация, която може да даде предимство на някои кандидати или оференти за сметка на други“.

7. Член 38, параграф 1 от посочената директива предвижда:

„Възлагащите органи и възложителите проверяват изпълнението на условията за участие, свързани с професионалните и техническите способности и финансовото и икономическото състояние на кандидатите или оферентите въз основа на личните декларации, свидетелството или свидетелствата, които се представят като доказателство в съответствие с изискванията на обявлението за концесията, които са недискриминационни и пропорционални на предмета на концесията. Условията за участие трябва да са свързани със и пропорционални на необходимостта да се гарантира способността на концесионера да изпълни концесията при отчитане на предмета на концесията и целта да се осигури реална конкуренция“.

2. Директива 2014/24

8. Член 18, параграф 1 от Директива 2014/24 гласи:

„Възлагащите органи третират икономическите оператори при условията на равнопоставеност и без да ги дискриминират, и действат по прозрачен и пропорционален начин.

Обществените поръчки не трябва да се подготвят с цел изключването им от обхвата на настоящата директива или изкуствено ограничаване на конкуренцията. Приема се, че има изкуствено ограничаване на конкуренцията, когато обществената поръчка е подготвена с цел да се даде неоправдано предимство на определени икономически оператори или те да се поставят в неизгодно положение“.

9. Член 58, параграф 1 от тази директива предвижда:

„Критериите за подбор могат да се отнасят до:

а) годността за упражняване на професионалната дейност;

б) икономическото и финансовото състояние;

в) техническите и професионалните способности.

Възлагащите органи могат да налагат на икономическите оператори като изисквания за участие само критериите, посочени в параграфи 2, 3 и 4. Възлагащите органи ограничават изискванията само до тези, които са необходими, за да се гарантира, че кандидат или оферент има както правните и финансовите възможности, така и техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка. Всички изисквания трябва да са пропорционални на предмета на поръчката и да са свързани с него“.

Б. Италианската правна уредба

10. В италианското право правилата в областта на смесените дружества се уреждат от Decreto legislativo n. 175 — Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (Законодателен декрет № 175 за приемане на консолидиран текст за дружествата с публично участие) от 19 август 2016 г.[7] в редакцията, приложима към спора в главното производство (наричан по-нататък „Законодателен декрет № 175“).

11. Съгласно член 1 от него целта на Законодателен декрет № 175 е да се гарантира ефективното управление на публичните участия, да се защитят и насърчат конкуренцията и пазарът, както и да се рационализират и намалят публичните разходи. Този декрет предвижда, че за управлението на дейностите по член 4 публичната администрация може да избира между управление по стопански начин чрез притежавано изцяло дружество и учредяване на дружество със смесен капитал, и установява подробна уредба за втората алтернатива, така че да я направи съвместима с правото на Съюза.

12. Относно втората алтернатива член 17, параграф 1 от Законодателен декрет № 175 уточнява, че:

„В дружествата със смесено публично-частно участие делът на участието на частния съдружник не може да е по-малък от 30 % и изборът му се осъществява чрез процедура за обществена поръчка съгласно член 5, параграф 9 от Законодателен декрет № 50 от 2016 г.[8] и едновременно има за цел записването или придобиването на участие в дружеството от частния съдружник и възлагането на договора за поръчка или за концесия, изключителен предмет на дейността на смесеното дружество“.

III. Обстоятелствата по спора в главното производство

13. През 2018 г. община Рим обявява процедура за обществена поръчка с двоен предмет, а именно, от една страна, да се избере частен съдружник, с който да се учреди публично-частно дружество със смесен капитал (наричано по-нататък „смесеното дружество с предстоящо учредяване“), и от друга страна, да се възложи на това дружество интегрираната училищна услуга на стойност 277 479 616,21 EUR, която е от компетентността на община Рим. Съгласно документацията за поръчката община Рим трябва да притежава 51 % от капитала на посоченото дружество, а останалите 49 % следва да бъдат придобити от частния съдружник, като същият се задължава да поеме изцяло оперативния риск.

14. Оферта подава сдружението, образувано от дружествата Roma Multiservizi SpA и Rekeep SpA.

7 GURI, бр. 210 от 8 септември 2016 г.

8 Decreto legislativo n. 50, Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (Законодателен декрет № 50 за транспониране на Директиви 2014/23/ЕС, 2014/24/ЕС и 2014/25/ЕС за възлагане на договори за концесия, на обществени поръчки и за процедурите относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, както и за промяна в действащата уредба в областта на обществените поръчки за строителство, услуги и доставки) от 18 април 2016 г. (GURI, бр. 91 от 19 април 2016 г., редовна притурка № 10).

15. С решение № 435 от 1 март 2019 г. (наричано по-нататък „решението за изключване“) това сдружение е изключено от участие в провежданата процедура с мотива, че в Roma Multiservizi 51 % са собственост на дружеството AMA SpA, чийто капитал се притежава изцяло от община Рим, и ако офертата на посоченото сдружение бъде приета, ще се окаже, че реалното участие на община Рим в смесеното дружество с предстоящо учредяване всъщност е 73,5 %[9], по-голямо от определения в документацията за поръчката максимален праг от 51 %.

16. Rekeep и Roma Multiservizi оспорват това решение пред Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Областен административен съд Лацио, Италия), който отхвърля жалбите им с две решения, постановени на 18 юни 2019 г.

17. Rekeep и Roma Multiservizi обжалват тези две решения пред запитващата юрисдикция.

18. От становищата на тези страни става ясно, че докато тече разглеждането на жалбите им, община Рим възлага изпълнението на разглежданата услуга на CNS след проведена процедура на договаряне.

IV. Производството пред Съда и преюдициалните въпроси

19. При тези обстоятелства с акт от 13 февруари 2020 г., постъпил в Съда на 22 юли 2020 г., Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) В съответствие ли е с правото [на Съюза] и с правилното тълкуване на съображения 14 и 32, както и на членове 12 и 18 от Директива 2014/24/ЕС и член 30 от Директива 2014/23/ЕС, също и във връзка с член 107 ДФЕС, за целите на определянето на минималния праг от 30 % за участието на частния съдружник в смесено публично-частно дружество с предстоящо учредяване, праг, счетен за подходящ от националния законодател при прилагането на принципите [на правото на Съюза], установени от съдебната практика на Съюза, да се вземе предвид единствено формалният състав на този съдружник или администрацията, която провежда обществената поръчка, може или дори трябва да вземе предвид собственото си непряко участие в частен съдружник оферент?

2) При утвърдителен отговор на първия въпрос съгласувано и съвместимо ли е с принципите [на правото на Съюза], и особено с принципите на конкуренция, на пропорционалност и на пригодност администрацията, която провежда процедурата за обществената поръчка, да може да изключи от участие в процедурата частен съдружник

[9] Всъщност реално участие в размер на 51 % е предвидено още в документацията за поръчката. В нея е посочено, че община Рим трябва да притежава 51 % от капитала на смесеното дружество с предстоящо учредяване. За остатъка (73,5 % – 51 % = 22,5 %), реално участие от 22,5 % в това дружество е щяло да се получи от участието на Roma Multiservizi в учреденото с Rekeep сдружение, което възлиза на близо 90 %. Съответно, това че 51 % от капитала на Rome Multiservizi е собственост на AMA — чийто капитал се притежава изцяло от община Рим — щяло да се изразява в реално участие на община Рим в смесеното дружество с предстоящо учредяване в размер на 22,5 % (22,5 % = 49 % x 90 % x 51 %). В писмените си становища Rekeep и Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (Национален кооперативен консорциум за услуги, CNS) посочват, че се предвиждало, от една страна, 10 % от това сдружение да е собственост на Rekeep в качеството на доверител, а 90 % — на Roma Multiservizi в качеството на водещ довереник, и от друга страна, участието им в капитала на смесеното дружество с предстоящо учредяване с община Рим, пропорционално на дяловото им участие в това сдружение.

оферент, чието ефективно участие в смесеното публично-частно дружество с предстоящо учредяване, в резултат на установеното пряко или непряко публично участие фактически е по-малко от 30 %?“.

20. Писмени становища представят страните в главното производство и CNS, както и Комисията. Съдебно заседание не се провежда.

V. Анализ

A. По предмета на преюдициалните въпроси

21. От прочита на преюдициалното запитване става ясно, че с оглед на обстоятелствата по делото в главното производство запитващата юрисдикция взема предвид две изисквания относно публичното и частното участие в смесеното дружество с предстоящо учредяване.

22. Първото е свързано с минималния праг от 30 % за участието на частния съдружник в капитала на смесено дружество с предстоящо учредяване съгласно член 17, параграф 1 от Законодателен декрет № 175. Този минимален праг за частно участие логично съответства на максимален праг за публично участие в размер на 70 %.

23. Второто изискване в случая е определено от самия възлагащ орган в документацията за поръчката, а именно 49 % за участието на частния съдружник и 51 % за това на възлагащия орган.

24. Така както са формулирани от запитващата юрисдикция, двата преюдициални въпроса включват само минималния праг от 30 % за участието на частния съдружник в капитала на смесено дружество. В този контекст трябва да отбележа, че запитващата юрисдикция не иска от Съда да се произнесе по валидността на този праг с оглед на правото на Съюза. Ако се съди по начина на формулирането им, с тези преюдициални въпроси запитващата юрисдикция иска да установи дали правото на Съюза допуска за целите на определянето на такъв минимален праг за участие от 30 % да се вземе предвид непрякото участие на възлагащия орган в капитала на този частен съдружник.

25. Изложението на мотивите в акта за преюдициалното запитване обаче не е толкова еднозначно, що се отнася до предмета на преюдициалните въпроси.

26. Всъщност, от една страна, в съответствие с формулировката на преюдициалните въпроси запитващата юрисдикция посочва, че за разрешаването на спора „следва да се установи дали с оглед на спазването на точния праг за участието в смесеното […] дружество [с предстоящо учредяване] (не повече от 70 % за публичното участие, не по-малко от 30 % за участието на частния съдружник) трябва да се държи сметка само за правната природа на частния съдружник […] или, когато в него има участие на публичен капитал, трябва да се държи сметка и за аспекта „по същество“ на такова участие“.

27. Запитващата юрисдикция уточнява също така, че законосъобразността на праговете за публично (51 %) и за частно участие (49 %) не се оспорва в главното производство. Поради това тя счита, че „спорът е относно законосъобразността на решението на възлагащия

орган, който е счел, че за да се провери дали е спазен 51-процентният праг за участието му в новото дружество, което трябва да се учреди, следва да се вземе предвид и неговото [непряко участие в това дружество]“.

28. С оглед на неяснотата около предмета на преюдициалните въпроси трябва да отбележа, на първо място, че както посочва запитващата юрисдикция, в lex specialis относно обществена поръчка и „действащите“ в главното производство разпоредби от него публичното и частното участие са определени с точност, съответно на 51 % и на 49 %[10]. Следователно в рамките на спора в главното производство, който се отнася до решението за изключване, запитващата юрисдикция, изглежда, се интересува главно от изискванията относно публичното и частното участие, определени в документацията за поръчката.

29. На второ място, запитани дали формално погледнато, решението за изключване се основава на нарушение на член 17, параграф 1 от Законодателен декрет № 175 или на неизпълнение на изискването за разпределение на капитала, определено в документацията за поръчката, повечето страни посочват втората хипотеза.

30. Roma Multiservizi категорично отговаря, че в решението за изключване се изтъква твърдяно неизпълнение на установеното в документацията за поръчката разпределение на дружествения капитал.

31. Община Рим посочва, най-напред, че в офертата на сдружението, визирано в решението за изключване, са налице две нарушения, свързани с двете изисквания относно публичното и частното участие. След това община Рим обаче възпроизвежда мотивите за изключването на това сдружение, от които става ясно, че това изключване се основава на съображението, че „делът на рисковия капитал в [смесеното дружество с предстоящо учредяване], свързан с частни инвестиции, е под 49 %, което очевидно не отговаря на условията съгласно документацията за поръчката и на актовете, одобрени от общинския съвет“.

32. Подобно на община Рим, Rekeep посочва, че в мотивите на решението за изключване се посочва само неспазването на капиталовите дялове, предвидени в документацията за поръчката, като добавя, че в предварителните съображения на това решение се споменава Законодателен декрет № 175.

33. Отговорът на Комисията, изглежда, имплицитно върви в същата посока. Тази институция счита за очевидно, че определянето на частното участие в размер на 49 % — и произтичащото от това изключване — се основава изцяло на прага, установен в член 17 от Законодателен декрет № 175. От това правя извода, че според Комисията изключването *произтича* пряко от неизпълнението на изискването относно частното участие, определено в документацията за поръчката в размер на 49 %.

34. Единствено CNS счита, че решението за изключване се основава както на нарушение на член 17, параграф 1 от Законодателен декрет № 175, така и на неизпълнение на определеното в документацията за поръчката изискване за разпределение на капитала. Възпроизведените от CNS пасажи от това решение обаче се отнасят само до изискванията относно публичното и частното участие, определени в документацията за поръчката.

[10] Също така, съгласно информацията в преюдициалното запитване, Roma Multiservizi и Rekeep оспорват решението за изключване, като изтъкват по-специално нарушение, неправилно прилагане и неприемливо тълкуване с оглед целта на това, което те считат за lex specialis.

35. В светлината на тези уточнения следва да се приеме, че с първия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция иска да установи дали правото на Съюза допуска за целите на определянето на дела на частното участие в смесеното дружество с предстоящо учредяване да се вземе предвид непрякото участие на възлагащия орган в дружествения капитал на частен съдружник оферент.

36. При това положение вторият преюдициален въпрос следва да се разбира в смисъл, че запитващата юрисдикция иска да установи дали правото на Съюза допуска възлагащ орган да изключи от участие в процедура за обществена поръчка частен съдружник оферент, чието ефективно участие в смесено дружество с предстоящо учредяване не изпълнява изискването относно определения в документацията за поръчката минимален праг на частното участие.

37. Трябва да изложа няколко допълнителни бележки относно така преформулираните преюдициални въпроси.

38. Най-напред, първоначалната формулировка на първия въпрос предполага, че запитващата юрисдикция иска да установи дали правото на Съюза допуска възлагащ орган да вземе предвид не какво да е публично участие в капитала на частен съдружник оферент, а само „собственото си […] участие“ в неговия капитал („администрацията, която провежда обществената поръчка, може или дори трябва да вземе предвид собственото си непряко участие в частен съдружник оферент“). Няколко пасажа от преюдициалното запитване потвърждават такъв прочит не само на изискванията относно публичното и частното участие, определени в документацията за поръчката [11], но и на решението за изключване, което е още по-важно в контекста на делото в главното производство [12].

39. По-нататък, от формулировката на първия преюдициален въпрос следва, че запитващата юрисдикция има предвид възможността или дори задължението („може или дори трябва“) да се вземе предвид такова непряко участие. Безспорно е, че по делото в главното производство възлагащият орган взема предвид собственото си непряко участие. За проверката на решението за изключване е достатъчно да се установи дали правото на Съюза допуска такова вземане предвид.

40. Освен това запитващата юрисдикция посочва, че вторият преюдициален въпрос се поставя при утвърдителен отговор на първия. В първоначалната си формулировка първият преюдициален въпрос съдържа две алтернативи ([в] съответствие ли е с [разпоредбите на] правото на Съюза […] да трябва да се вземе предвид единствено [прякото участие] или [възлагащият орган] може или дори трябва да вземе предвид собственото си непряко участие в частен съдружник оферент“). Във всеки случай следва да се счита, че вторият въпрос се поставя, ако на първия се отговори, че правото на Съюза допуска да се вземе предвид непрякото участие на възлагащия орган в капитала на частния съдружник оферент.

[11] Запитващата юрисдикция посочва по-специално че възлагащият орган „определя 51 % за участието на община Рим и 49 % за участието на частния съдружник“ и че този възлагащ орган провежда процедура за възлагане на обществена поръчка, „като определя участието на община Рим на 51 %“.

[12] Запитващата юрисдикция посочва по-специално че „община Рим […] в крайна сметка би притежавала в смесеното публично-частно дружество реално участие в размер на 73,5 %, по-голямо от установения в документацията за тази обществена поръчка максимален праг от 51 %“ и че „участието на община Рим в [смесеното дружество с предстоящо учредяване] е щяло да превиши максималния праг от 51 %“.

41. Накрая, за да може да се даде полезен отговор на запитващата юрисдикция, следва да се определи режимът, приложим по делото в главното производство, както и неговите разпоредби, чието тълкуване е необходимо за разрешаването на висящия пред нея спор. Всъщност изглежда не всички разпоредби, посочени от запитващата юрисдикция в преюдициалното ѝ запитване, са релевантни. По тази причина някои страни поставят под въпрос допустимостта на преюдициалните въпроси.

Б. По допустимостта на преюдициалните въпроси и приложимия режим

42. В първия си въпрос запитващата юрисдикция посочва няколко разпоредби от правото на Съюза, без да уточнява изрично причините, поради които иска тяхното тълкуване. Що се отнася до втория въпрос, тя просто се позовава на принципите на правото, и по-специално на принципите на конкуренция, на пропорционалност и на пригодност, без да препраща към нито една разпоредба от това право.

43. Поради това Комисията счита, че първият преюдициален въпрос е недопустим в частта относно член 107 ДФЕС, докато CNS оспорва допустимостта на преюдициалното запитване в неговата цялост [13]. Ще разгледам тези възражения за недопустимост в рамките на анализа на преюдициалното запитване, имащ за цел да установи релевантните за настоящото дело разпоредби от правото на Съюза.

1. Директиви 2014/23 и 2014/24

44. Първият преюдициален въпрос, така както е формулиран от запитващата юрисдикция, посочва както Директива 2014/23, така и Директива 2014/24. Тези директиви определят приложимите правила съответно относно процедурите за възлагане на концесии и относно процедурите за обществени поръчки.

45. За да се установи директивата, приложима в конкретния случай, е необходимо да се разгледат предметът на обществената поръчка и договорът, който възлагащият орган е искал да сключи след провеждането на тази обществена поръчка.

46. Разглежданата в главното производство обществена поръчка има два предмета, поради което може да се счита, че договорът, който предстои да се сключи, включва две части: първата — относно избора на частен съдружник в рамките на смесено дружество с предстоящо учредяване, и втората — относно възлагането на интегрираната училищна услуга на това дружество.

47. Може ли първата част да се отрази на приложимостта на Директива 2014/23 или на Директива 2014/24 по отношение на двете части на разглеждания в главното производство договор? Полезни за отговора на този въпрос насоки има в съдебната практика.

[13] Според CNS запитващата юрисдикция просто иска да се провери съвместимостта на националното право с общите принципи на правото на Съюза, без да посочва конкретно специфичните разпоредби, с оглед на които следва да се разгледа тази съвместимост. Според CNS ирелевантността на преюдициалния въпрос впрочем се доказвала и от липсата в правото на Съюза на специфични разпоредби относно формите на публично-частно партньорство.

а) По релевантната съдебна практика

48. В делото, по което е постановено решение Club Hotel Loutraki и др.[14], Съдът е изправен пред аналогичен въпрос. Преюдициалното запитване се отнася до договор, включващ три споразумения: споразумение за прехвърляне на 49 % от акциите на публично предприятие с цел неговата приватизация, споразумение, съгласно което приобретателят поема управлението на казино срещу възнаграждение, и споразумение, съгласно което приобретателят се ангажира да изпълни план за модернизация на помещенията на казиното.

49. За да се произнесе по този въпрос, Съдът, след като потвърждава, че запитващата юрисдикция правилно е квалифицирала договора като „смесен“[15], преценява дали той представлява неделимо цяло и дали поради основния си предмет попада в своята цялост в приложното поле на една от разглежданите директиви[16]. При тази преценка Съдът се позовава на съдебната практика, според която „в случай на смесен договор, чиито различни части […] са нераздело свързани и образуват по този начин неделимо цяло, съответната сделка трябва да се разглежда в нейната цялост по единен начин за целите на правната ѝ квалификация и да се преценява въз основа на нормите, които уреждат частта, представляваща основен предмет или преобладаващ елемент на договора“[17].

50. Относно тази съдебна практика Съдът отбелязва, на първо място, че това е смесен договор, който представлява неделимо цяло, доколкото е необходимо да се сключи с един-единствен партньор, който да разполага едновременно с необходимия финансов капацитет за покупката на разглежданите акции и с професионален опит в експлоатацията на казино. На второ място, Съдът счита, че прехвърлянето на 49 % от акциите на публично предприятие представлява основният предмет на спорния договор[18]. Това съображение се основава на факта, че прехвърлянето на акциите представлява сделка за приватизация и поражда последици без ограничение във времето, което позволява на приобретателя да извлича в качеството си на акционер много по-голям приход от дължимото възнаграждение в качеството му на доставчик на услуги[19].

51. В решение Mehiläinen и Terveystalo Healthcare[20] Съдът разглежда, въз основа на същата съдебна практика[21], споразумение, в рамките на което възлагащ орган сключва с независимо от него частно образувание договор, предвиждащ създаването на съвместно предприятие под формата на акционерно дружество, като при създаването на това предприятие този възлагащ орган се задължава да получава от това съвместно предприятие, през четиригодишен преходен период, услуги в областта на здравеопазването и благосъстоянието на работното място, които той трябва да осигури за своите служители.

14 Решение от 6 май 2010 г. (C-145/08 и C-149/08, наричано по-нататък „решение Club Hotel Loutraki и др.“, EU:C:2010:247).

15 Вж. решение Club Hotel Loutraki и др. (т. 46).

16 Вж. решение Club Hotel Loutraki и др. (т. 50).

17 Вж. решение Club Hotel Loutraki и др. (т. 48 и цитираната съдебна практика)

18 Вж. решение Club Hotel Loutraki и др. (т. 57).

19 Решение Club Hotel Loutraki и др. (т. 55 и 57).

20 Решение от 22 декември 2010 г. (C-215/09, наричано по-нататък „решението Healthcare“, EU:C:2010:807).

21 Вж. решение Healthcare (т. 36).

52. В решение Healthcare, както и в решение Club Hotel Loutraki и др. Съдът утвърждава, че въпросното споразумение представлява смесен договор. Той обаче счита, че частите на това споразумение не са неделими предвид липсата на обективна необходимост от сключването на смесен договор с един-единствен партньор. По-специално според Съда отделимият характер на частта относно услугите от останалата част на смесения договор се подкрепя от факта, от една страна, че възлагащият орган е изразил намерението си да обяви в края на преходния период процедура по възлагане на обществена поръчка за получаване на такива услуги, и от друга страна, че съвместно предприятие действително е било учредено и е функционирало без частта относно услугите [22].

53. В решение Acoset Съдът, на който е поставен въпрос относно прякото възлагане на местна обществена услуга за интегрирано управление на водоснабдяването на дружество със смесен капитал, изобщо не поставя въпроса дали въпросният договор е смесен и дали различните му части са неразделно свързани и по този начин образуват неделимо цяло. За да определи дали това възлагане попада в приложното поле на някоя от разглежданите директиви, Съдът се фокусира върху местната обществена услуга за интегрирано управление на водоснабдяването и върху строителството, свързано с управлението на тази услуга.

54. Решение Acoset обаче не може да се тълкува в смисъл, че ако договор включва няколко части, една от които се отнася до учредяването на дружество със смесен капитал, тази част трябва да не се взема под внимание и да се разгледат само останалите. Такова тълкуване би влязло в противоречие със съдебната практика, постановена след това решение, цитирана в предходните точки от настоящото заключение.

55. Следователно решение Acoset трябва да се разбира в смисъл, че Съдът имплицитно приема, на първо място, че това е смесен договор, чиито части образуват неделимо цяло, и на второ място, че частта относно местната обществена услуга представлява негов основен предмет.

56. От това следва, че договорът, сключен в рамките на обявена от възлагащ орган процедура за избор на частен съдружник за дружество със смесен капитал и за възлагане на поръчка или на концесия на това дружество, е смесен договор, включващ две части [23]. Освен това, що се отнася до такъв смесен договор, следва, на първо място, да се прецени дали различните части на договора са неразривно (неразделно) свързани и образуват неделимо цяло; на второ място, да се установи основният предмет или преобладаващият

[22] Вж. решение Healthcare (т. 43 и 44).

[23] Някои страни, изглежда, поставят под въпрос квалифицирането като „смесен договор“ на договор, едната част от който се отнася до избора на частен съдружник за смесено дружество с предстоящо учредяване. Макар в решение Acoset Съдът да не използва понятието „смесен договор“, той го прави в решения Club Hotel Loutraki и др. и Healthcare. Освен това, дори да се предположи, че Директива 2014/24 се прилага в случая и разглежданият в главното производство договор не попада в обхвата на понятието „смесена обществена поръчка“ по смисъла на член 3 от тази директива, тъй като изборът на частен съдружник за учредяването на смесено дружество не е обществена поръчка (вж. бележка под линия 24), този договор все пак може да попадне в по-широката категория на смесените договори, която Съдът изглежда визира в решения Club Hotel Loutraki и др. и Healtcare.

елемент на този договор, и на трето място, да се определи режимът, приложим по отношение на посочения договор с оглед на този основен предмет или на този преобладаващ елемент [24].

б) Приложение

1) Смесен договор: неделими части?

57. Според мен двете части на разглеждания в главното производство договор са неделими, като по делата, по които са постановени решения Club Hotel Loutraki и др. и Acoset.

58. Всъщност, за да може дружество със смесен капитал, включващо възлагащия орган и частен партньор, да осигурява предоставянето на интегрираната училищна услуга, е обективно необходимо да се избере партньор, намиращ се в необходимото финансово състояние, позволяващо му да придобие 49 % от капитала на смесеното дружество с предстоящо учредяване и отговарящ на други условия, които му дават възможност да предоставя, под формата на дружество със смесен капитал, интегрираната училищна услуга, поемайки изцяло оперативния риск. Следователно двете части на договора трябва да се отнасят за един и същ партньор, дори ако чисто технически първата обхваща избора на частен съдружник, а втората — възлагането на интегрираната училищна услуга на дружество със смесен капитал, в което този съдружник притежава 49 % от акциите [25].

59. Освен това, за разлика от делото, по което е постановено решение Healthcare [26] и в което обстоятелствата относно частта, свързана с услугата, са много специфични, няма никакво основание да се счита, че по настоящото дело частта, свързана с учредяването на дружество със смесен капитал, е отделима от частта, свързана с интегрираната училищна услуга. Ако тази последна част не съществуваше, смесеното дружество с предстоящо учредяване щеше да е обективно лишено от икономическо основание за съществуването си. В италианското право съгласно член 17, параграф 1 от Законодателен декрет № 175 договорът за поръчка или за концесия е изключителният предмет на дейност на дружеството със смесен капитал.

[24] Независимо от решението, до което достига Съдът в своята практика, ако се приеме, че Директива 2014/24 е приложима по делото в главното производство, до същия резултат може поначало да се стигне и на основание член 3, параграф 6 от тази директива, според който „[к]огато различните части от дадена поръчка са обективно неделими, приложимият правен режим се определя въз основа на основния предмет на поръчката“. Съгласно посочената директива предметът на обществените поръчки е строителство, доставки на стоки или предоставяне на услуги. Следователно възниква въпросът дали изборът на частен съдружник и учредяването на смесено дружество попадат в обхвата на понятието „обществена поръчка“ по смисъла на същата директива. Според доктрината изглежда, че това е така (вж. в този смисъл частта, в която авторката се позовава на член 3, параграф 4 от Директива 2014/24, *Andrecka*, M., Institutionalized Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU — European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 2014, vol. 9, № 3, 2014, p. 176). Освен това, с оглед на съществуващите съмнения относно приложимия в случая режим, следва да се отбележи разликата между формулировката, използвана в Директива 2014/24, която предвижда в член 3, параграф 6, че „[к]огато различните части от дадена поръчка са обективно неделими, приложимият правен режим се определя въз основа на основния предмет на [смесената поръчка]“, и тази в Директива 2014/23, която предвижда в член 20, параграф 5, че „[к]огато различните *части на даден договор* са обективно неделими, приложимият правен режим се определя въз основа на основния предмет на договора“ (курсивът е мой), като последната ми се струва по-гъвкава.

[25] Вж. по аналогия точка 53 от решение Loutraki и др. във връзка с точка 28 от него, според която разглежданият смесен договор включва „част относно продажбата на акции от [дружество Ellinika Touristika Akinita AE] на предложилия икономически най-изгодната оферта оферент [и] част относно договор за обществена поръчка за услуги, който да се сключи с предложилия икономически най-изгодната оферта оферент, който поема задълженията за управление на казиното“, докато, както следва от точка 25 от това решение, дружеството, което трябва да се учреди от оферента (а не самият този оферент) действа като управител и сключва поне едно споразумение. По този въпрос вж. също решение Acoset (т. 54 и 61).

[26] Вж. точка 52 от настоящото заключение.

60. На следващо място е необходимо да се определи дали основният предмет на разглеждания в главното производство договор е частта относно учредяването на дружество със смесен капитал или тази относно интегрираната училищна услуга.

2) Основен предмет на договора

61. Считам, че частта относно интегрираната училищна услуга представлява основният предмет на разглеждания в главното производство смесен договор.

62. Смесеното дружество с предстоящо учредяване е само средство, позволяващо да се гарантира, че интегрираната училищна услуга ще бъде изпълнявана в контекста на ИПЧП, и изобщо не е целта на обществената поръчка. За разлика от делото, по което е постановено решение Club Hotel Loutraki и др., в случая не става въпрос за придобиване на акции на вече съществуващо публично предприятие с цел неговата приватизация, а за учредяване на смесено дружество с цел изпълнение на интегрирана училищна услуга.

63. Освен това по това дело собствеността на акциите на вече съществуващото публично предприятие сама по себе си е източник на значителен приход. Няма основание да се приеме, че това важи и в настоящото дело. Следователно не може на основата на решение Club Hotel Loutraki и др. да се направи извод, че в случая основният предмет на договора, разглеждан в главното производство, е учредяването на смесено дружество.

64. Ето защо въпросът коя директива се прилага по делото в главното производство трябва да се разгледа с оглед на частта, отнасяща се до интегрираната училищна услуга.

3) Обществени поръчки за услуги или концесии за услуги?

65. Преюдициалното запитване има някои празноти в частта относно интегрираната училищна услуга.

66. Разбира се, отговорите на страните на писмените въпроси на Съда внасят някои уточнения относно набора от престации, съставляващи частта, свързана с интегрираната училищна услуга[27]. Тези уточнения обаче не позволяват тази част да бъде категорично квалифицирана в рамките на настоящото заключение като „обществена поръчка за услуги“ или като „концесия за услуги“.

67. Във всеки случай такава конкретна квалификация е от компетентността само на националния съд[28]. Съдът може евентуално да даде пояснения, за да насочи националния съд при извършването на тази квалификация.

[27] От становищата на страните и от техните отговори на писмените въпроси на Съда става ясно, че интегрираната училищна услуга включва общо подпомагане, складиране и доставка на стоки, почистване на детските ясли и училищата, както и училищен транспорт. Това, че в този набор присъства и услугата училищен транспорт, изглежда, не е причина запитващата юрисдикция да разглежда прилагането на Директива 2014/25/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги и за отмяна на Директива 2004/17/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 243). Във всеки случай, от една страна, тази директива също предвижда, в членове 4 и 6, правила относно смесените поръчки, и от друга страна, нищо не позволява да се счита, че училищният транспорт представлява основният предмет на договора, разглеждан в главното производство, или на частта му относно интегрираната училищна услуга.

[28] Вж. в този смисъл решение от 10 ноември 2011 г., Norma-A и Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, т. 57 и 59).

68. В това отношение отбелязвам, на първо място, че обществените поръчки за услуги по смисъла на Директива 2014/24 съдържат насрещна престация, която се заплаща пряко от възлагащия орган на доставчика на услуги [29]. За разлика от това, концесията за услуги по смисъла на Директива 2014/23 е актът на възлагане на предоставянето и управлението на услуги, като насрещната престация за това се състои само от правото на използване на въпросните услуги или от това право в съчетание с възнаграждение [30]. В този ред на мисли Съдът е признал съществуването на концесия за услуги по-конкретно в случаи, при които възнаграждението на доставчика на услуги произтича от плащания, извършени от ползвателите на услугата [31]. Следователно обстоятелството, което посочва запитващата юрисдикция, че дружество със смесен капитал по италианското право фактически извършва дейност срещу възнаграждение, която му носи печалби (макар според тази юрисдикция същите да са скромни), може да представлява индиция, че следва да се приложи Директива 2014/23.

69. На второ място, макар формата на възнаграждение да е един от определящите елементи за квалификацията на концесия за услуги, концесията за услуги предполага концесионерът да поеме риска, свързан с експлоатацията на съответните услуги [32]. Разграничителният критерий за прехвърлянето на този риск е кодифициран в Директива 2014/23 [33]. При описанието на този критерий в текста на тази директива на италиански език е използвано понятието „rischio operativo“ (оперативен риск). Същото понятие е използвано в решението, с което община Рим обявява процедура за възлагане на обществена поръчка, за да уточни, че избраният оферент ще трябва да поеме изцяло този риск [34].

70. На трето място, за да отговори на преюдициалните въпроси, Съдът може, стъпвайки на предоставените данни, да изходи от хипотезата, че договорът попада в приложното поле на едната от разглежданите директиви [35]. При липса на данни, позволяващи произнасяне относно приложимия в случая режим, такъв подход ми се струва неприемлив по настоящото дело. Още по-важно според мен, а така смята и Комисията, е че прилагането на режима, установен в едната или в другата от тези директиви, не засяга непременно отговорите на преюдициалните въпроси, поставени по настоящото дело. Всъщност режимът, приложим за частта относно интегрираната училищна услуга, може да се приложи за частта относно избора на частен съдружник само „по аналогия“. В този контекст и тъй като преюдициалните въпроси се отнасят само до тази последна част, следва да се приложат само общите принципи на тези режими, които са едни и същи за

[29] Вж. член 2, параграф 1, точка 5 от Директива 2014/24. Вж. също в този смисъл решение Acoset (т. 39 и цитираната съдебна практика).

[30] Вж. член 5, точка 1, буква б) от Директива 2014/23.

[31] Вж. решение Acoset (т. 43 и цитираната съдебна практика).

[32] Вж. в този смисъл решение от 10 ноември 2011 г., Norma-A и Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, т. 44). Вж. също в този смисъл заключението ми по съединени дела Promoimpresa и др. (C-458/14 и C-67/15, EU:C:2016:122, т. 62 и 63), в което посочвам, че концесията за предоставяне на услуги се характеризира по-специално с това, че отдаващият на концесия орган възлага упражняването на дейност по предоставяне на услуга, обикновено услуга, за оказването на която е задължен този орган (и добавям, със съпътстващия риск), на концесионера, като по този начин го задължава да предоставя съответната услуга.

[33] Вж. член 1, точка 1 и съображение 18 от Директива 2014/23.

[34] Действително в главното производство рискът е трябвало да се поеме от частния съдружник, избран в рамките на първата част на смесения договор, докато интегрираната училищна услуга, която е основният предмет на този договор, е трябвало да се възложи — в рамките на втората част на този договор — на смесеното дружество с предстоящо учредяване. Предвид тази особеност може да се твърди, че във втората част, разглеждана самостоятелно, няма прехвърляне на риск на избрания оферент. Все пак в случая с процедурата за обществена поръчка при всички случаи се цели освобождаване на възлагащия орган от риска, свързан с изпълнението на интегрираната училищна услуга. Поради това не изключвам квалифицирането на тази втора част като „концесия“, независимо от посочената особеност. По проблема, свързан със същата особеност, вж. още точка 58 от настоящото заключение.

[35] Вж. по аналогия решение Acoset (т. 42).

двете части. Съответно, зачитайки разпределението на правомощията между националните юрисдикции и Съда, в настоящото заключение ще се основавам както на Директива 2014/23, така и на Директива 2014/24 [36].

2. Режимът за обществени поръчки между субекти от публичния сектор

71. В първия преюдициален въпрос запитващата юрисдикция посочва член 12, както и съображения 14 и 32 от Директива 2014/24, като в преюдициалното запитване възпроизвежда текста на член 12, параграф 1, първа алинея от тази директива. Тази юрисдикция обаче изобщо не уточнява причините, поради които иска тълкуването на тази последна разпоредба.

72. В това отношение, на първо място, съображение 14 от Директива 2014/24 се ограничава до това да посочи, че понятието „икономически оператори“ следва да се тълкува широко, с което се потвърждава, че дружество със смесен капитал може да попадне в обхвата на това понятие. В останалата си част това съображение по същество възпроизвежда определението на това понятие, съдържащо се в член 2, параграф 1, точка 10 от посочената директива. Запитващата юрисдикция не споменава тази разпоредба в преюдициалния си въпрос.

73. На второ място, съгласно член 12, параграф 1 от Директива 2014/24 предвидените в тази директива процедури не следва да се прилагат за обществените поръчки, възложени на контролирани от възлагащите органи юридически лица. Тази разпоредба урежда вертикалното сътрудничество между съответните субекти, или класическото възлагане по стопански начин („inhouse“).

74. Запитващата юрисдикция обаче ясно посочва, че съгласно италианското право учредяването на дружество със смесен капитал като разглежданото в главното производство представлява алтернатива на управлението по стопански начин [37].

75. Още по-важното е, че прилагането на изключението по член 12, параграф 1 от Директива 2014/24 в контекста на възлагането на услуги в рамките на ИПЧП ми се струва поначало изключено. Всъщност, както е посочено в съображение 31, трета алинея от тази директива, следва да се гарантира, че изключеното от прилагането на правилата сътрудничество между публични органи не води до нарушаване на конкуренцията по отношение на частните икономически оператори, дотолкова доколкото поставя частен доставчик на услуги в по-изгодна позиция в сравнение с неговите конкуренти. Освен това, в съответствие със съдебната практика, предхождаща приемането на Директива 2014/24 [38], в съображение 32 от тази директива се пояснява, че изключението по в член 12, параграф 1 от същата директива „следва да не обхваща случаите на пряко участие на частен икономически оператор в капитала на контролираното юридическо лице, тъй като при подобни обстоятелства възлагането на обществената поръчка без състезателна процедура би дало на частния икономически оператор с капиталово участие в контролираното юридическо лице неоправдано предимство спрямо неговите конкуренти“.

[36] От съображения за изчерпателност отбелязвам, че Директиви 2014/23 и 2014/24 са приложими ratione temporis и стойността на поръчката, която възлиза на повече от 277 милиона евро, надхвърля изискваните от тези директиви прагове. Вж. член 8 от Директива 2014/23 и член 4 от Директива 2014/24.

[37] Вж. точка 11 от настоящото заключение.

[38] Вж. решение от 6 април 2006 г., ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, т. 31 и 32).

76. На трето място, може да се постави и въпросът дали разглежданият в главното производство смесен договор е изключен от приложното поле на Директива 2014/24 на основание член 12, параграф 4 от нея. Тази разпоредба се отнася само до обществените поръчки, сключени между няколко възлагащи органа, когато тези поръчки установяват или осъществяват сътрудничество между възлагащите органи.

77. На теория е възможно община Рим, в качеството си на възлагащ орган, да е искала да установи сътрудничество с дружество със смесен капитал с предстоящо учредяване, което също ще трябва да осигурява интегрираната училищна услуга и в което община Рим притежава 51 % от акциите. Съответно това дружество представлява „публичноправна организация“ по смисъла на член 2, параграф 1, точка 4 от Директива 2014/24 и поради това може да представлява „възлагащ орган“ по смисъла на член 2, параграф 1, точка 1 от тази директива.

78. Дори обаче да се приеме, че в такъв случай условията за прилагане на изключението по член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 са изпълнени, в решение Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [39] Съдът постановява, че тази разпоредба предполага, че в съответствие с принципа на равно третиране сътрудничеството между възлагащи органи не трябва да води до поставянето на частно предприятие в привилегировано положение спрямо конкурентите му. От това следва, както констатира генералният адвокат Campos Sánchez-Bordona в заключението си по това дело [40], че сътрудничество между възлагащи органи, което поставя частен оператор в привилегировано положение спрямо неговите конкуренти на пазара, не може да бъде обхванато от член 12, параграф 4 от Директива 2014/24. В светлината на тези уточнения и предвид дела на частния капитал в смесеното дружество с предстоящо учредяване, считам, че сътрудничеството, за което се отнася настоящото дело, не може да попадне в обхвата на предвиденото в тази разпоредба изключение.

79. Следователно тълкуването на член 12 от Директива 2014/24 не е необходимо за отговора на преюдициалните въпроси.

3. Режимът за поръчките за социални и други специфични услуги

80. В член 74 от Директива 2014/24 се предвижда, че обществените поръчки за социални и други специфични услуги, изброени в приложение XIV, се възлагат в съответствие с дял III, глава I от тази директива. Всички страни, с изключение на CNS, посочват в отговорите си на писмените въпроси на Съда, че поне една от престациите в състава на интегрираната училищна услуга попада или може да попадне в обхвата на това приложение.

81. Задължение на запитващата юрисдикция е да провери дали това е така. При положителен отговор е достатъчно процедурата за възлагане да спазва облекчените правила, предвидени в Директива 2014/24 за възлагането на този вид поръчки. Ето защо ще се ограничa до няколко съображения, които могат да се окажат полезни за тази юрисдикция.

[39] Решение от 28 май 2020 г. (C-796/18, EU:C:2020:395).

[40] Заключение по дело Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, т. 109, подточка 3).

82. От една страна, дял III, глава I от Директива 2014/24 без съмнение установява специална система за възлагане на обществени поръчки за социални и други специфични услуги. Съответно тези поръчки попадат извън обхвата на правилата на стандартната система. Член 76, параграф 1 от тази директива обаче предвижда, че държавите членки въвеждат национални правила за възлагането на поръчки съгласно тази глава с цел да се гарантира, че възлагащите органи спазват принципите на прозрачност и равнопоставеност на икономическите оператори. Следователно принципите поначало са същите като тези по член 18 от посочената директива. Съответно не мога да изключа възможността прилагането на глава I от дял III по делото в главното производство да повлияе на отговорите, които следва да се дадат на преюдициалните въпроси [41].

83. От друга страна, преди да се заключи, че правилата по глава I от дял III от Директива 2014/24 се прилагат по отношение на разглеждания в главното производство договор, следва също да се сравнят прогнозните стойности на услугите, за които се отнася тази глава, с прогнозните стойности на услугите в обхвата на стандартната система по тази директива, и след това, въз основа на тези стойности, да се определи основният предмет на договора [42].

84. Поради липсата на данни, въз основа на които да се заключи, че услугите, попадащи в обхвата на глава I от дял III от Директива 2014/24, трябва да се считат за основния предмет на договора, разглеждан в главното производство, и тъй като запитващата юрисдикция изобщо не се позовава на разпоредбите на тази глава, изхождам от хипотезата, че в случая облекчените правила не се прилагат.

4. Член 107 ДФЕС

85. В първия преюдициален въпрос е посочен член 107 ДФЕС. Комисията твърди, че преюдициалното запитване е недопустимо в частта му, която се отнася до тълкуването на тази разпоредба на първичното право.

86. Споделям становището на Комисията. Всъщност в преюдициалното запитване не се посочва ясно мярката в рамките на разглежданата в главното производство процедура, която може да представлява държавна помощ. Запитващата юрисдикция не уточнява и мотивите, поради които тълкуването на тази разпоредба е необходимо за решаването на висящия пред нея спор.

87. Разбира се, преюдициалното запитване може да се разбира в смисъл, че запитващата юрисдикция иска от Съда да тълкува не разпоредба на първичното право, а Директиви 2014/23 и 2014/24 в светлината на това право („във връзка с член 107 ДФЕС“). Такъв прочит на преюдициалното запитване обаче във всеки случай не би променил факта, че не следва да се отговаря на преюдициалните въпроси в частта им относно член 107 ДФЕС.

[41] Вж. също в тази връзка точка 70 от настоящото заключение.

[42] Съгласно член 3, параграф 2, втора алинея от Директива 2014/24 „[п]ри договори за смесени поръчки, включващи отчасти услуги по смисъла на дял III, глава I и отчасти други услуги, или договори за смесени поръчки, включващи отчасти услуги и отчасти доставки, основният предмет се определя в зависимост от това коя от прогнозните стойности на съответните услуги или доставки е най-висока“.

88. При тези обстоятелства трябва да се уважи и възражението за недопустимост, повдигнато от CNS, доколкото се отнася до първия преюдициален въпрос и до член 107 ДФЕС, както и — по съображенията, изложени в точки 71—79 от настоящото заключение — до член 12 от Директива 2014/24.

B. По същество

89. Освен разпоредбите от правото на Съюза, чиято релевантност за настоящото дело беше отхвърлена, в първия преюдициален въпрос са посочени още член 30 от Директива 2014/23 и член 18 от Директива 2014/24. За установяването на всички релевантни разпоредби от тези директиви следва, най-напред, да се поставят в съответния контекст определените в документацията за поръчката изисквания относно публичното и частното участие.

1. Изискванията относно публичното и частното участие в контекста на Директиви 2014/23 и 2014/24

90. В член 56 от Директива 2014/24 законодателят на Съюза изрично разграничава два вида критерии, а именно критериите за качествен подбор, включващи като цяло основания за изключване и критерии за подбор, с които се цели да се провери способността на икономическите оператори да изпълнят възложената поръчка (членове 57 и 58 от тази директива), и критериите за възлагане на поръчката, които се отнасят до самите оферти. Подобно разграничение се прави и в членове 38 и 41 от Директива 2014/23, отнасящи се съответно до критериите за подбор и оценка на качествата на кандидатите и до критериите за възлагане.

91. В това отношение трябва да се констатира, че преюдициалното запитване не обяснява ясно логиката в основата на определените в документацията за поръчката изисквания относно публичното и частното участие. Тъй като обаче тези изисквания представляват lex specialis по отношение на изискванията, установени в Законодателен декрет № 175[43], тази логика може да се изведе от уточненията относно този законодателен декрет. Документацията за поръчката, изглежда, прецизира процентите и техния характер (точно определени изисквания вместо максимални и минимални прагове), без обаче да засягат съществено техните цели.

92. В това отношение разбирам уточненията на запитващата юрисдикция в смисъл, че с поставянето на горна граница от 70 % за публичното участие в смесеното дружество с предстоящо учредяване се цели да се гарантира частното участие в това дружество да не бъде по-малко от 30 %.

93. Съответно, от една страна, от гледна точка общо на пазара и на икономическите оператори, частен съдружник не би могъл да ограничи прекомерно (под 30 %) икономическия риск от участието си в дружество със смесен капитал, нито да извлече неоправдана полза от предимствата на публичното участие поради възможността да се попречи на други субекти да получат печеливш достъп до същата икономическа дейност в съответния пазарен сегмент. В този смисъл, както посочва запитващата юрисдикция, целта на тази горна граница е да се предотврати заобикалянето на принципа на свободната конкуренция.

[43] Вж. точка 28 от настоящото заключение.

94. От друга страна, от гледна точка на предмета на процедурата за възлагане на обществена поръчка и на възлагащия орган, с тази горна граница се гарантира, че частният съдружник е оперативен партньор, чийто принос в изпълнението на задачите, възложени на смесеното дружество с предстоящо учредяване, се изразява в капиталова вноска и в предоставяне на компетенциите, необходими за изпълнението на тези задачи, при поемане на целия оперативен риск за това изпълнение.

95. Трябва да отбележа, че аспектът, свързан с реалния принос на частния съдружник, изглежда от особено значение за делото в главното производство и за установените в документацията за поръчката изисквания относно публичното и частното участие. Предвид неизбежно индивидуализирания характер на условията и критериите относно икономическото и финансово състояние и/или техническите и професионалните способности[44] и в съответствие с решение Acoset[45] тази констатация показва, че установените в документацията за поръчката изисквания относно публичното и частното участие представляват критерии за качествен подбор.

96. Освен това от преюдициалното запитване става ясно, че поради начина на изчисляване, при който се взема предвид непрякото участие на възлагащия орган в капитала на този съдружник, оферентите са били изключени от участие в обявената процедура за поръчка, поради това че не изпълняват тези изисквания. В това отношение съгласно установената съдебна практика критериите за качествен подбор позволяват на възлагащия орган да допусне оферти само от икономически оператори, чиито способности предполагат, че тези оператори ще бъдат в състояние да изпълнят предмета на процедурата за обществената поръчка[46].

97. В този смисъл изискванията относно публичното и частното участие, каквито са разглежданите в главното производство, изглежда, не се отнасят до офертите (критерии за възлагане на поръчката)[47]. За сметка на това те, изглежда, представляват критерии за качествен подбор, с помощта на които възлагащият орган иска да се увери, че частният съдружник е в икономическо и финансово състояние и/или притежава технически и професионални способности, които му позволяват да запази определеното от възлагащия орган разпределение между публичния и частния капитал на смесеното дружество, като участва в капитала на това дружество и поеме изцяло оперативния риск за изпълнението

[44] Член 38, параграф 1, второ изречение от Директива 2014/23 посочва, че „[у]словията за участие трябва да са свързани със и пропорционални на необходимостта да се гарантира способността на концесионера да изпълни концесията при отчитане на предмета на концесията и целта да се осигури реална конкуренция“. В този ред на мисли член 58, параграф 1 от Директива 2014/24 посочва по-специално че възлагащите органи ограничават изискванията за участие „само до тези, които са необходими, за да се гарантира, че кандидат или оферент има както правните и финансовите възможности, така и техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка. Всички изисквания трябва да са пропорционални на предмета на поръчката и да са свързани с него“.

[45] Вж. точка 59 от решение Acoset: „[…] изборът на частен съдружник при спазването на изискванията, припомнени в точки 46—49 от настоящото решение, и възприетите критерии за избор на частен съдружник позволяват да се поправи това положение, тъй като кандидатите трябва да установят, освен своята способност да станат акционери, преди всичко своята техническа способност да предоставят услугата и икономическите и други предимства, произтичащи от тяхната оферта“. В това решение Съдът подчертава значението на критериите за качествен подбор, отнасящи се до способността на кандидата да изпълнява дадена услуга или концесия (вж. в този смисъл *Brown*, A., Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08) — Public Procurement Law Review, 2010, vol. 2, p. 4), без обаче да пренебрегва критериите за качествен подбор, отнасящи се до способността му да стане частен съдружник в смесеното дружество с предстоящо учредяване.

[46] Вж. в този смисъл решение от 8 юли 2021 г., Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, т. 62).

[47] Както се посочва в доктрината, в контекста на ИПЧП е важно въпреки трудностите да се направи разграничение между критериите за качествен подбор и критериите за възлагане на поръчката. Вж. *Andrecka*, M., *Kania*, M., Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice — Polish Review of International and European Law, 2013, vol. 2, № 1, p. 148).

на услугата от посоченото дружество[48]. Следователно определените в документацията за поръчката изисквания относно публичното и частното участие, каквито са разглежданите в главното производство, представляват критерии и условия по смисъла на член 38, параграф 1 от Директива 2014/23 или евентуално по смисъла на член 58, параграф 1 от Директива 2014/24.

2. Преформулирането на преюдициалните въпроси

98. Предвид внесените уточнения относно предмета на преюдициалните въпроси[49], режима, приложим по делото в главното производство[50], и квалификацията на изискванията относно публичното и частното участие по това дело[51] предлагам преюдициалните въпроси да се преформулират, като се уточнят разпоредбите на правото на Съюза, чието тълкуване е необходимо, за да се даде полезен отговор на запитващата юрисдикция.

99. По-конкретно, предлагам да се приеме, че с преюдициалните въпроси, които предлагам да бъдат разгледани заедно, запитващата юрисдикция иска да установи дали член 30 и член 38, параграф 1 от Директива 2014/23 или евентуално член 18 и член 58, параграф 1 от Директива 2014/24 трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат за целите на определянето на дела на участието на частен съдружник — оферент в смесеното публично-частно дружество с предстоящо учредяване, да се вземе предвид непрякото участие на възлагащия орган в капитала на този частен съдружник оферент, така че последният да се изключи от участие в процедурата за обществената поръчка, когато вземането предвид на това непряко участие води до неспазване на дела на частното участие, който възлагащият орган иска да постигне съгласно документацията за поръчката.

3. Съображения

100. Тъй като представляват условия и критерии за икономическо и финансово състояние и/или технически и професионални способности, определените в документацията за поръчката изисквания относно публичното и частното участие трябва да са свързани с предмета на процедурата за възлагане на обществена поръчка и пропорционални спрямо него[52]. Съгласно член 30 от Директива 2014/23 и член 18 от Директива 2014/24 възлагащият орган трябва да прилага тези изисквания в съответствие с принципите на равнопоставеност и недискриминация между оферентите, както и на прозрачност и пропорционалност.

101. На първо място, следва да се провери дали е налице връзка между тези изисквания и предмета на процедурата за възлагане на обществена поръчка.

[48] По тази причина считам, че квалификацията, възприета от Съда в решение от 19 май 2009 г., Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, т. 21 и 23), относно национална правна уредба, която цели да изключи всякакви потенциални тайни споразумения между участниците в една и съща процедура за възлагане на обществена поръчка и да осигури равното третиране на кандидатите и прозрачността на процедурата, не може да се използва в случая, що се отнася до разглежданите изисквания относно публично-частното участие, определени впрочем в документацията за поръчката.

[49] Вж. точки 35 и 36 от настоящото заключение.

[50] Вж. точка 70 от настоящото заключение.

[51] Вж. точка 97 от настоящото заключение.

[52] Вж. бележка под линия 44.

102. В съответствие с логиката на изискванията, установени в документацията за поръчката (51 % за участието на община Рим и 49 % за участието на частния съдружник), за да може да бъде избран, оферентът трябва да е трето лице по отношение на възлагащия орган. Всъщност по-голямо участие на възлагащия орган в дружеството със смесен капитал чрез контрол върху този оферент (произтичащ и от непрякото участие) би засегнало определеното от възлагащия орган разпределение между публичния и частния капитал на това дружество. Освен това такова положение може да ограничи ролята на частния партньор и съответно реалното ангажиране на икономическото и финансовото състояние и/или на техническите и професионалните способности на оферента под 49-процентния праг, определен от възлагащия орган. Следователно тези изисквания са свързани с предмета на процедурата за възлагане на обществена поръчка.

103. Освен това, тъй като по принцип правото на Съюза допуска прибягването до една-единствена процедура в контекста на ИПЧП[53], тълкуването на изискването за наличие на връзка между критериите за качествен подбор и предмета на процедурата за възлагане на обществената поръчка, което трябва да се възприеме, не може да попречи на възлагащите органи да използват тази форма на сътрудничество (включително да определят разпределението между публичния и частния капитал на смесеното дружество). Всъщност прибягването до ИПЧП произтича от свободата на държавите членки да избират начина на предоставяне на услуги, с който възлагащите органи да задоволяват собствените си потребности[54].

104. На второ място, що се отнася до пропорционалността на изискванията относно публичното и частното участие, припомням, че поне съгласно моя прочит на преюдициалното запитване тези изисквания не изключват систематично всеки оферент, чийто капитал е с публичен произход[55]. За сметка на това, съгласно първоначалната формулировка на първия преюдициален въпрос тези изисквания, изглежда, визират всяка форма на непряко участие на възлагащия орган в капитала на частния съдружник.

105. Непрякото участие на възлагащ орган в капитала на частен съдружник впрочем може да приема различни форми. Освен това въздействието му върху функционирането на този частен съдружник зависи от неговата организационна структура. Следователно не е сигурно, че всяко непряко участие в капитала на частния съдружник ограничава реалното ангажиране на икономическото и финансовото състояние и/или на техническите и професионалните способности на оферента под 49-процентния праг, определен от възлагащия орган.

106. Следователно вземането предвид на всяко непряко участие на възлагащия орган в капитала на частния съдружник не е в съответствие с принципа на пропорционалност, тъй като пренебрегва факта, че такова непряко участие не ограничава непременно реалното ангажиране на икономическото и финансовото състояние и/или на техническите и професионалните способности на този частен съдружник под 49-процентния праг,

[53] Вж. решение Acoset (т. 63).

[54] Вж. също така съображение 5 от Директива 2014/24, в което се посочва, че „никоя разпоредба на настоящата директива не задължава държавите членки да възлагат с договори или да прехвърлят на външни лица предоставянето на услуги, които желаят да предоставят сами или да организират по различен начин, а не чрез договори за обществени поръчки по смисъла на настоящата директива“.

[55] Вж. точка 38 от настоящото заключение.

определен от възлагащия орган. При липса на проверки, позволяващи да се потвърди това, този частен съдружник оферент не може да бъде автоматично изключен от участие в процедурата за обществената поръчка поради това непряко участие.

107. Не може безспорно да се установи, че по настоящото дело възлагащият орган е извършил точно такива проверки. Въпреки това, най-напред, анализът на капиталовата структура на включените в решението за изключване засегнати субекти може да наведе на мисълта, че е налице ангажирането им. След това преюдициалното запитване изглежда в съзвучие с това решение, доколкото запитващата юрисдикция отбелязва, че ако „се вземе предвид материалноправният аспект, а именно дружествената структура на [Roma Multiservizi], и по-специално фактът, че 51 % от него са собственост на [AMA], чийто капитал се притежава изцяло от община Рим, […] [публичното и частното] участие в смесеното дружество [с предстоящо учредяване] *реално* ще е в размер на 73,5 % и [26,5 %]“. Накрая, няма никакви данни, че разпределението на правомощията за вземане на решения и на оперативните рискове не е извършено съразмерно на притежавания капитал. Следователно, това че възлагащият орган държи мажоритарен дял от капитала на частен съдружник оферент, изглежда, може да ограничи действителното ангажиране на икономическото и финансовото състояние и/или на техническите и професионалните способности на този частен съдружник под 49-процентния праг, определен от възлагащия орган.

108. Поради това считам, че член 30 и член 38, параграф 1 от Директива 2014/23 или евентуално член 18 и член 58, параграф 1 от Директива 2014/24 трябва да се тълкуват в смисъл, че тези разпоредби не допускат за целите на определянето на дела на участието на частен съдружник — оферент в смесеното публично-частно дружество с предстоящо учредяване, да се вземе предвид всяко непряко участие на възлагащия орган в капитала на този частен съдружник оферент, така че последният да се изключи автоматично от участие в процедурата за обществената поръчка, когато вземането предвид на това непряко участие води до неспазване на дела на частното участие, който възлагащият орган иска да постигне съгласно документацията за поръчката.

109. За сметка на това член 30 и член 38, параграф 1 от Директива 2014/23 или евентуално член 18 и член 58, параграф 1 от Директива 2014/24 допускат такова вземане предвид, когато то не става автоматично. По-специално тези разпоредби допускат вземането предвид на непряко участие, когато извършените от възлагащия орган проверки показват, че то се изразява в притежаване на мажоритарен дял от капитала на частен съдружник оферент от друг субект, който на свой ред се притежава изцяло от възлагащия орган, при условие че разпределението на правомощията за вземане на решения и на рисковете се извършва съразмерно на притежавания капитал, както в рамките на този частен съдружник оферент, така и в рамките на този субект.

110. Що се отнася до спазването на принципа на пропорционалност, от съображения за изчерпателност ще отбележа, че Комисията, изглежда, се съмнява дали изключването на подадената от Rekeep и Roma Multiservizi оферта е съобразено с принципа на пропорционалност, тъй като община Рим трябвало да им позволи евентуално да докажат, че непрякото ѝ участие в капитала на Roma Multiservizi не създава риск от конфликт на интереси. Основната цел на определените в документацията за поръчката изисквания относно публично-частното участие обаче не е да се премахнат такива рискове. Нещо повече, конфликтът на интереси представлява основание за изключване, предвидено в

Директиви 2014/23 и 2014/24, но изобщо не се споменава в преюдициалното запитване. Освен това в него не се посочва нито член 36 от Директива 2014/23, нито член 24 от Директива 2014/24.

111. Що се отнася, на трето място, до принципите на прозрачност и равно третиране, трябва да отбележа, че в писмените си становища Roma Multiservizi и Rekeep твърдят, че вземането предвид на непрякото участие на възлагащия орган в капитала на оферент не е посочено в документацията за поръчката.

112. В преюдициалното запитване тази пропуск в документацията за поръчката не е упоменат. В този контекст трябва да отбележа, че в отговорите си на писмените въпроси на Съда община Рим посочва, че съгласно Законодателен декрет № 175, с който, изглежда, се приемат правилата за транспониране на Директиви 2014/23 и 2014/24, публично предприятие означава предприятие, върху което възлагащите органи могат да упражняват пряко или непряко решаващо влияние. Съгласно становището на Rekeep този декрет предвижда също, че „когато действащите разпоредби разрешават учредяването на смесени дружества за реализиране и управление на публичен обект или организиране и управление на услуга от общ интерес, частният съдружник трябва да бъде избран посредством процедура за възлагане на обществена поръчка“. Следователно чрез тълкуване a contrario може да се констатира, че частен съдружник в рамките на дружество със смесен капитал не може да се намира в положение на пряко или непряко решаващо влияние спрямо възлагащия орган. Непряко участие в капитала на частен съдружник, водещо до упражняване на решаващо влияние, обаче не може да се приравни с какво да е непряко участие в капитала на този частен съдружник.

113. Във всеки случай само националните юрисдикции са компетентни да проверят евентуалната основателност на тези твърдения и тяхната релевантност на този етап от главното производство по делото.

114. При все това, доколкото запитващата юрисдикция посочва член 30 от Директива 2014/23 и член 18 от Директива 2014/24, следва да ѝ се предоставят полезни разяснения във връзка с проверката с оглед на посочените в тези разпоредби принципи.

115. Съгласно установената съдебна практика принципите на прозрачност и равно третиране, които се прилагат за всички процедури за възлагане на обществени поръчки, изискват материалните и процесуалните условия за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка да са предварително ясно определени и оповестени публично, като това важи по-специално за задълженията на оферентите, така че последните да са точно запознати с изискванията на процедурата и да са сигурни, че за всички конкуренти важат едни и същи критерии [56].

116. Например и що се отнася до режима по Директива 2014/24, по принцип обявленията за поръчки трябва да съдържат списък и кратко описание на критериите за подбор и на критериите относно личното положение на икономическите оператори, което би могло да доведе до изключването им [57].

[56] Вж. решение от 17 май 2018 г., Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, т. 23 и цитираната съдебна практика).

[57] Вж. член 49 и приложение V, част B, точка 11, буква в) от Директива 2014/24.

117. В продължение на тази логика принципът на равно третиране и задължението за прозрачност трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат изключването на икономически оператор от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка, поради това че не е изпълнил задължение, което не е изрично предвидено в документацията за тази поръчка или в действащия национален закон, а се извежда чрез тълкуване на този закон и тази документация и попълване на празнотите в последната от националните административни органи или съдилища [58].

118. Тъй като непрякото участие на възлагащ орган в капитала на частен съдружник може да приема различни форми и понеже въздействието му върху функционирането на този частен съдружник зависи от неговата организационна структура, не намирам за очевидно, че всяка форма на непряко участие на възлагащия орган автоматично би довела до изключване на оферента от участие в процедурата за обществена поръчка, поради това че не е изпълнил изискванията относно публичното и частното участие. Такова тълкуване на националната правна уредба или на документацията за поръчката не изглежда достатъчно обосновано.

119. Без да се засягат изложените по-горе допълнителни бележки относно спазването на принципите на прозрачност и равно третиране, поддържам позицията относно спазването на принципа на пропорционалност, която изложих в точка 108 от настоящото заключение.

VI. Заключение

120. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам Съдът да отговори на Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия), по следния начин:

„Член 30 и член 38, параграф 1 от Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия или евентуално член 18 и член 58, параграф 1 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО трябва да се тълкуват в смисъл, че тези разпоредби не допускат за целите на определянето на дела на участието на частен съдружник — оферент в смесеното публично-частно дружество с предстоящо учредяване, да се вземе предвид всяко непряко участие на възлагащия орган в капитала на този частен съдружник оферент, така че последният да се изключи автоматично от участие в процедурата за обществената поръчка, когато вземането предвид на това непряко участие води до неспазване на дела на частното участие, който възлагащият орган иска да постигне съгласно документацията за поръчката.

За сметка на това член 30 и член 38, параграф 1 от Директива 2014/23 или евентуално член 18 и член 58, параграф 1 от Директива 2014/24 допускат такова вземане предвид, когато то не става автоматично. По-специално, тези разпоредби допускат вземането предвид на непряко участие, когато извършените от възлагащия орган проверки показват, че то се изразява в притежаване на мажоритарен дял от капитала на частен съдружник оферент от друг субект, който на свой ред се притежава изцяло от възлагащия орган, при условие че разпределението на правомощията за вземане на решения и на рисковете се извършва съразмерно на притежавания капитал, както в рамките на този частен съдружник оферент, така и в рамките на този субект“.

[58] Вж. решение от 2 юни 2016 г., Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, т. 51).